

POR

DON SIMON DE HERRERA y Leyba, vezino de la Ciudad de la Laguna de la Isla de Tenerife en Canarias:

EN EL PLEYTO

CON JUAN DE LOUCEL, POR SI, Y COMO cessonario de Nicolás Mustilier, vezinos de dichas Islas;

SOBRE

La cobrança de 28U150. reales de plata, de que tambien se pretenden premios, y vsuras.

1. TIene V.S. visto este pleyto sobre confirmar, ò reuocar en grado de revista, la sentencia de vista de V.S. en que reuocò la de la Audiécia de Canaria, por la qual fue absuelto, y dado por libre D. Simon de Herrera, de la demanda de Juan de Loucel, y le condenò à la paga de 33U. reales de plata de dos escrituras, vna de 19U800. reales, y otra de treze mil y dociétos reales de plata, en que se comprehendé los premios à razon de 65. por 100. del riesgo del viage del Nauio nombrado el Santo Christo de la Laguna, y S. Francisco, al Puerto de Campeche, con que dellos se baxen tres mil

reales de plata de los premios de la buelta de dicho viage, à razon de 15.por 100. quedando condenado el dicho D.Simõ por la dicha sentencia de vista en 30U.reales de plata,los 20U. de los principales de las escrituras,y 10U.de los intereses à razon de 50.por 100. del viage al dicho Puerto de Campeche, donde pereciò la Nao, y absolviò à D. Simon de los demás intereses,que se le piden.

2. Desta sentencia se ha suplicado por Don Simon de Herrera, y se ha pedido prueba con el termino ordinario, y vltramarino para Islas de Canaria,y Puerto de Campeche,la qual se ha contradicho por Juan de Loucel, concluyendo para difinitiua; y no aviendo el Abogado desta parte hablado à la vista mas que sobre la prueba,y aver entrado en rezelo de que se podrá determinar en lo principal, en que se dilatò mucho el Abogado contrario, se ha pedido el pleyto por esta parte,para que el suyo escriua,sobre todo, estos breves apuntamientos de derecho : y respecto de que es hecho constante,que el dinero se prestò à riesgo de Nao, y que esta pereciò en el Puerto de Campeche,estandose cargando para bolver à Islas, y que las dudas, y questiones, que se ofrecen, nacen de las clausulas de las escrituras, que ambas son de vn mismo tenor, se inserta à la letra la que se sigue.

Clausula. 3. Y en la dicha cantidad de 19U800.reales vá corriendo,y corre el riesgo sobre el dicho Nauio,el dicho Juã deLoucel, desde el dia,y hora,que saliere de dicho Puerto de Sãta Cruz en seguimiento de su viage, hasta llegar al declarado de San Francisco de Campeche; y el dicho riesgo se entiende es de mar,fuego,vientos,y enemigos,y otros cossarios; pero no lo ha de correr de barateria de Patron,ni mudança de viage. Y estando en buen salvamento en el dicho Puerto de S. Francisco de Campeche, se despacharà el dicho Nauio con toda breuedad, para bolver à esta Isla mediãte su registro,y dicha permission;y en este segundo viage assimismo corriendo el riesgo el dicho Juan de Loucel en dicho Nauio,de mar,fuego,vientos,y contrarios,y otros enemigos, hasta llegar al dicho Puerto de Santa Crùz, ò otro donde hiziere su derecha descarga, y veinte y quatro horas despues de aver echado la primera ancla, y no mas tiempo, donde me confiesso por

ver-

verdadero,y liquido deudor de los dichos 19ʊ800.reales, por estar cumplido el riesgo, y llegado el plazo del pagamento, el qual tengo de hazer enteramente de la dicha cantidad en reales de à ocho,y de à quatro al dicho Juan de Loucel,dẽtro de veinte dias contados desde la llegada del dicho Nauio, que se pone por plazo fixo. Y declara,que si el dicho Nauio no bolviere luego à esta Isla,y hiziere mudança de viage para otra parte,en este caso no vá corriendo el riesgo el dicho Juã de Loucel, è yo he de tener obligaciõ de pagarle los dichos 19ʊ800.reales dentro de vn año,que se cumplirá por 29. de Junio del año que viene de 1666.y si antes de dicho tiempo de vn año viniere el dicho Nauio à qualquiera Puerto de estas Islas,se entiende estar cumplido el plazo.

4. Demás de ser tan expressa esta clausula, y toda la escritura, de que el dinero della fue traiecticio, y de aquel genero de mutuo irregular,en que el dominio del dinero prestado à riesgo de Nao, no se transfiere en el deudor, ni por èl corre el peligro, sino por el acreedor, como se pactò,ibi: *Y en la dicha cantidad và corriendo,y corre el riesgo sobre el dicho Nauio,el dicho Juan de Loucel*; & infra:*Y en este segundo viage assimismo corre el riesgo el dicho Juan de Loucel en dicho Nauio,de mar, fuego,vientos,&c.* Es tambien disposicion de derecho,y limitacion de la regla general,que dispone,*vt debitor non liberetur quocumque casu res pereat. l. siquis.* 4. *ff. de reb.cred.l.incendium.*11.*C.eod.l.*4.§.*is quoque de oblig.& act.*§. *item is cui,inst.quib.mod.re contrah.oblig.l.*10.*tit.*1.*par.*5. & ibi cum multis alijs Hermosilla *Gloss.*2. & cum pluribus D.Salgad.*in Labyr.cred.par.*3.*cap.*11.*n.*21.*& seq.*El que en esta pecunia traiecticia,*quæ trans mare vehitur*, vt inquit text.*in l.*1. *ff.de naut.fænor.* el peligro sea del acreedor,y no pertenezca al deudor.*l.fin.C.eod.tit.* ibi: *Traiectitiæ quidem pecuniæ,quæ periculo creditoris mutuo datur,casus antequam ad destinatum locum nauis perueniat ad debitorem non pertinet.*Por lo qual en este caso se permiten vsuras tan crecidas,vt eleganter D.Presses Couarrub.*lib.*3.*variar.cap.*2.*num.*5.ibi:*In hac etenim specie, quod vltra sortem accipitur,non datur ratione mutui, nec propter vsum pecuniæ, nec propter nudum interesse intervsurij temporis,*

ris, sed propter aliam iustissimam causam, nempè periculi contra naturam mutui spectantis ad creditorem.

5. Y si se huviera salvado el Nauio podia cobrar Juan de Loucel su principal, y vsuras nauticas llanamente, *ex l. quibusdam. 7. ff. de naut. fæn. l. eos. §. in traiectitijs. ff. de vsuris.* Cujat. *lib. 27. obseru. cap.* 37. aunque fuessen de sesenta, ò setenta por ciento, de quibus P. Molina *de iust. & iure, tom. 2. tract. 3. disp.* 507. *num.* 13. *& seq.* Leotardo *de vsuris, quæst.* 23. *num.* 60. Pero aviendo perecido el Nauio por caso fortuito, antes de bolver al Puerto destinado de Santa Cruz, sin mudança de viage de que resultasse la pèrdida, ni barateria de Patron, que son los dos casos exceptuados en la clausula, quedò totalmente libre el deudor, y el peligro fue del acreedor, ex pacto, & ex iuris dispositione, per dicta iura.

6. Esto que es tan llano, y sin controuersia, se ha querido ofuscar por el acreedor, queriendo hazer dos viages distintos, el que realmente es vno solo, y suponiendo dos riesgos, vno de ida, y otro de buelta, y que la estada en el Puerto no fue de su cuenta, ni tal se comprehendiò en la escritura, y que tambien huvo mudança de viage, y barateria de Patron, por cuya culpa se perdiò el Nauio, por averlo puesto en sitio peligroso, sin descargarle la artilleria, de que resultò aver perecido con vn temporal, y à estos tres puntos se reduce toda la defensa del actor.

7. Ha tratado de comprobar el primero con vn papel firmado de veinte y siete hombres de negocios de Seuilla, en que dizen son de parecer, que no aviendose expressado en la escritura, que el acreedor corria el riesgo de la estada en el Puerto, sino solo la ida, y la buelta, el peligro de la estada es del deudor, y assi lo han visto estilar en diferentes Polizas de seguros (que ninguna dellas se ha presentado, ni otra escritura como la de nuestro caso, ni señalan sujeto con quien aya sucedido semejante exemplar) y en la misma forma deponẽ como testigos. El segundo punto de la mudança de viage, lo quiere inferir de vnas escalas, que el Nauio hizo para proveerse de agua, y otras cosas, en las quales no pereciò el Navio, ni pudo dellas resultar su pèrdida, ni se extrauiò, porque

llegò

llegò al Puerto ſeñalado, donde eſtando para bolver à las Islas, naufragò con vn temporal. Y el tercero de barateria de Patron, ſe quiere comprobar con teſtimonio de vna eſcritura de tranſaccion, otorgada entre D.Simon de Herrera, y Andres Alonſo, Adminiſtrador del Nauio, en que ſe haze relacion averſe querellado dél eſta parte, por dezir, que maliciosamente avia perdido el Nauio, por ponerlo junto à vn ſitio, que llaman los Pozos, ſin quitarle la artilleria, y otras coſas: y èl ſe defendia, que èl no era el Maeſtre, ni Piloto, y que no avia tenido culpa, y ſe tranſigieron en pagar à D.Simon tres mil y quinientos peſos à ciertos plazos, y vna partida de palo de Campeche, que avia quedado en el Puerto por cargar, de que dize D.Simon no avia cobrado, ni podido cobrar haſta aora vn real. Et nos ad hæc tripliciter intendimus reſpondere ex ſequentibus.

8. En quanto al primer punto, la mejor reſpueſta ha de ſer la que nace de la clauſula, que vá inſerta à la letra, y conſideraciones de derecho, ſin hazer caſo de probanças, y pareceres de teſtigos; porque contra la de Juan de Loucel ay otra por D.Simon muy plena de ſiete teſtigos nauegantes, y Eſcriuanos, de eſtilo contrario en Canarias, que tambien ſe eſforçò en eſta Ciudad con otros tres teſtigos. Pero como vá referido, la miſma clauſula nos deſempeña, pues aunque entra diziendo, que Juan de Loucel, y ſu compañero corren el rieſgo deſde el dia, y hora, que el Nauio ſalieſſe en ſeguimiẽto de ſu viage del Puerto de Santa Cruz, haſta llegar al de S.Franciſco de Campeche, y eſta diccion *donec*, parece terminaba el rieſgo por ſer limitatiba, & reſtrictiba temporis, vel loci, Barboſa *tract.var.diction.*93.*num.*3. eſto fuera bueno ſi aqui ſe acabàra la diſpoſicion, y la clauſula, y no ſe huviera pactado el rieſgo mas que por el viage haſta llegar al Puerto de Campeche, ſin tratarſe de la buelta, de que habla Heuia Bolaños *lib.*3.*comercio naual.cap.*11.*viage, num.*1. Pero proſiguiendo con eſtas palabras: *Y eſtando en buen ſaluamento en el dicho Puerto de S. Franciſco de Campeche, ſe deſpacharà el dicho Nauio con toda breuedad, para boluer à eſta Isla mediãte ſu regiſtro, y dicha permiſion, y en eſte ſegundo viage aſſimiſmo corriendo el rieſgo el dicho Juan de Loucel, &c.* no ſe ter-

 minò,

minò, ni limitò en el *donec*, sino que se tratò de la estada, ibi: *Y estando*, *&c.* y que alli se despachàra el Nauio con toda breuedad para bolver à aquella Isla.

9. De que se infiere con toda evidencia, que si el acreedor no corriera el riesgo en la estada, no cuydàra de que el despacho para la buelta fuesse breue, como sucediò en el caso de la *l.qui Romæ*.122. §.*Calimacus*. *ff.de verb.oblig.* donde se preuino, que luego que la Nao llegasse à Bretense descargasse sus mercaderias, y compradas otras, se bolviesse à Syria, de donde avia salido dentro de los Idus de Setiembre, y no se tuvo por cumplido el riesgo, ò por perfecto el nauigio, hasta que passasse el dia suprascripto, ibi: *Conuenitque inter eos, vti cum Calimacus Brentesium peruenisset, inde intra Idus Septembris, quæ tunc proximè futuræ essent, alijs mercibus emptis, & in Nauem immissis ipse in Syriam per nauigium proficiscatur, aut si intra idem suprascriptam non reparasset merces, nec nauigasset de ea Ciuitate, redderet vniuersam, continuo, pecuniã, quasi perfecto nauigio.* Y aunque nuestra clausula no contuvo dia cierto para la buelta, se pactò, que se avia de despachar cõ breuedad, y solo si se probasse, que se avia detenido el Nauio mas de lo que huvo menester para aviarse, se podia dezir, que se passó la ocasion, y se faltò al pacto; pero no aviẽdo ni aun presuncion de que se dilatò, es cierto, que el riesgo de la estada es del acreedor, como lo fue en dicho texto hasta los Idus de Setiembre.

10. Y algun efecto obran dichas palabras de que *estando en buen saluamento en dicho Puerto de San Francisco de Campeche, se despachàra el Nauio con toda breuedad para boluer à dicha Isla.* Quia verba non debent esse sine effectu operandi, *l. si quando.* 112. *ff. de leg.* 1. *l.*3. *de iure iur. l.fin. ff. ne quid in loco pub.* y se conoce, que fue por estar alli corriendo el riesgo, pues començò *desde el dia, y hora, que saliò el Nauio del Puerto de Santa Cruz*, segun la clausula, y se cũplia à la buelta à dicho Puerto, *y veinte y quatro horas despues de echada la primera ancla*, y entonces se constituyò por deudor D. Simon de Herrera, *por estar cumplido el riesgo, y llegado el plazo*, que son tambien palabras expressas de dicha clausula, donde ay riesgo al principio, y riesgo al fin del viage,

ge,sin exceptuar el medio,y assi este medio participa del derecho de los extremos,vt eleganter D.Salgado *de reg.protect. par.4.cap.1.num.94.* & eiusdem præsumitur naturæ medium, cuius sunt extrema. *l.si seruus plurium.53.§.fin.in fine.ff.de leg.* 1. ibi: *Item earum, quæ præcedunt, vel quæ sequuntur summatim scripta sunt spectanda.* Et cum multis alijs D.Salgad.*dict. cap.1. num.96. & 97.* ex qualitate enim extremorum præsumitur de medijs,& ex ijs,quæ sunt ante,& post,exponuntur, quæ sunt media, vt probat Gutierrez *lib.3.pract.quæst.17.nu. 183.& seq.* Y fuera irregular,que el riesgo desde el principio hasta el fin del viage, corriesse de cuenta del acreedor, y el medio en la estada del Puerto fuesse del deudor, sin averse pactado tal cosa; antes si lo contrario por la preuencion, de que aviendo llegado à salvamento al Puerto de Campeche, se despachasse con breuedad para bolver al de Santa Cruz, *donde se cumplia dicho riesgo.*

11. Y esto que se pactò assi por la escritura por aquel viage, que fue vno solo de ida, estada,y buelta,y con vn registro, aunque impropriamete hizo el Escriuano mencion de segundo viage, de que infiere la otra parte que huvo dos, vno de ida hasta llegar à Campeche, y otro de buelta desde aquel Puerto al de Santa Cruz, dexando la estada en el ayre; es tambien de derecho, que se tenga por viage vnico de ida, y buelta, quando la Nao no vá para quedarse en Indias, ò otro Puerto; y quando vá para bolver, no se llama perfecto el nauigio hasta la buelta,quod probat Straca *de nauigat.nu. 16.ex l.relegati.4. ff.de pæn. l.vtimur.5. ff.de sepulch.viol.* y son muy del caso las palabras de Straca *dict.num.16.*ibi:*Tunc enim quantum intelligo, perfectum nauigium, seu nauigationem, & mercatores,& nauigantes appellant, cum Magister nauis iuit, & redijt.* Y esto es el *commeatum,& remeatum* de la *ley relegati.de pæn.* ire,& redire, como vulgarmente se suele dezir, *que vaya, y que venga, y que no se detenga,* segun que expressamente lo contiene la clausula de nuestra escritura,leìda toda ella de primo ad vltimum, sino es que se puso dia fixo, ò termino señalado para despacharse, y bolver, como en el §. *Calimacus* de la *l.qui Romæ.122.ff.de verb.oblig.*ya citada.

12. Y qualquiera disposicion, que hable de viage,se de-

be

be entender de ida, eſtada, y buelta, vt benè infertur *ex l.4. tit.7. par.5.* ibi: *En viniendo à nueſtro ſeñorio, è eſtando, y en yendoſe de nueſtra tierra*, & ibi *Gloſſ.5.*verbo *Yendoſe*, donde prueba el ſeñor Gregorio Lopez, que baſtaua aver dicho la ley, que concedia ſeguridad à los mercaderes, que venian à eſtos Reynos, ſin que fueſſe neceſſario expreſſar la eſtada, y buelta, pues eſto ſe infiere por neceſſaria conſequencia, ex *dict.l.vtimur de ſepulch. viol. & l.1. C.de nauicul. lib.11.* & ibi Bart.& Alexand.*conſ.46.vol.2.* Y eſta *l.1.C.de nauic.*& ibi Rebuf.*num.5.* comprehende tacitamente en la palabra *remeātes* la ida,eſtada,y buelta, ibi: *Sed venientes, ac remeantes omni ſecuritate potiri*, y ſe halla conſtruido muy à nueſtro intento por la *ley de partida citada.* Y de poco ſirviera conceder privilegio,y ſeguridad à los eſtrangeros,que vienen à eſtos Reynos, ſi eſto ſolo ſe entendiera en la venida, y en la buelta, y no gozàran deſta ſeguridad en la eſtada.

13. Pero todas eſtas conjecturas,è interpretaciones,que nacen à nueſtro fauor de la clauſula, ſobran quando ella es tan clara, cum in dubijs,nō in claris detur interpretatio, *l.ille aut ille.§.cum in verbis.ff.de leg.3.*& cum alijs D.Caſtill.*tom.6. controu.lib.5.cap.182.num.23. & ſeqq.* & plenius D.Salgad. *de retent.Bull.par.2.cap.30.§.5.num.20.cum ſeqq.* Pues aunque trata de rieſgo de ida,y de buelta, en lo primero no haze mencion de las veinte y quatro horas deſpues de echar el ancla en el Puerto de Campeche,como ſe expreſſa en lo ſegundo; y aunque dize, que el rieſgo comiença deſde el dia, y hora, que ſalieſſe el Nauio del Puerto de Santa Cruz,haſta llegar à Campeche, no dize ſe concluye alli el rieſgo, antes dize expreſſamente,que ſe cumple de buelta en Santa Cruz,ò donde deba hazer ſu derecha deſcarga, ibi:*Haſta llegar al dicho Puerto de Santa Cruz, ò otro donde hiziere ſu derecha deſcarga, y veinte y quatro horas deſpues de aver echado la primera ancla, y no mas tiempo, donde me confieſſo por verdadero, y liquido deudor de los dichos 19*[illegible]*800. reales, POR ESTAR CVMPLIDO EL RIESGO, Y LLEGADO EL PLAZO DEL PAGAMENTO.*

14. Quid clarius? Eſto neceſſita de interpretacion, y eſto no haze fuerça? A mi por lo menos me haze tanta, que no diſ-

discurro, señor, por donde se tenga el riesgo por cumplido en Campeche, antes de bolver à Santa Cruz, donde D. Simõ se constituye por deudor, y no antes, y donde expressamente se pactò que se cumplia, sin aver contra esto mas que la division de viages, y riesgos, que quiere hazer la otra parte, diziendo, que los premios de ida fueron à 50. por 100. y los de buelta à 15. à que parece asintiò la sentencia de vista de V. S. quando la escritura no distinguiò tal, sino que en la obligacion principal comprehendiò todos los premios de 65. por 100. en vn cuerpo, porque todo fue vn viage, vn contrato, vn registro, vna convencion, y vn mismo riesgo, y à esto alude el brochardico bulgar de que *quando lex non distinguit, nec nos distinguere debemus, cap. solitæ de maiorit. & obed. l. si servitus. ff. de seruit. vrb. præd.* Garcia *de nobilit. Gloss.* 3. §. 1. *num.* 25. & cum alijs Gutierrez *lib.* 3. *pract. quæst.* 16. *num.* 47. Y assi no aviendose distinguido en la escritura estos premios, sino incluidose todo en vn cuerpo, no ay motiuo para que la otra parte los quiera diuidir.

15. Dixo (queriendo satisfacer à esto) el Abogado contrario en Estrados, que proseguia la clausula mas abaxo declarando: *Que si el Nauio no bolviesse luego á dicha Isla, y hiziesse mudança de viage para otra parte, en este caso no iba corriendo el riesgo Juan de Loucel, y se le avia de pagar el dinero dentro de vn año, ó antes, si antes bolviesse á aquellas Islas el Nauio, que entonces se entendia cumplido el plazo*: de que se queria inferir, que por no aver buelto el Nauio à Islas de Canaria, no huvo riesgo, y en este caso quedò llana la obligaciõ, y cumplido el plazo del año, y se pudo pedir el dinero. Y es cierto, que si las palabras antecedentes estàn claras à nuestro fauor, estas lo estàn mucho mas por ser otra prevencion, que se hizo para que si el Nauio no bolviesse à Islas por mudança de viage, ò irse à otro Puerto donde no debiera hazer su derecha descarga, segun su registro, y permission, que tienen las Islas por Cedulas de su Mageftad, de que haze mẽcion Don Joseph de Beytia Linage *en su Norte de la Contract. de las Ind. lib.* 2. *cap.* 25. *num.* 17. *vsque ad* 21. no corriera el riesgo el acreedor, sino que entonces fuesse llana la escritura con el plazo de vn año, cuyo caso, ni llegò, ni pudo

llegar, por aver perecido el Nauio en Campeche, antes de bolver à Islas, ni entenderse, que mudaria el viage.

16. Pero sin perjuizio de la verdad, aunque se debiesse considerar vn viage desde el Puerto de Santa Cruz hasta el de Campeche, y otro de buelta, por averse hecho mencion de segundo viage, que es correlatiuo de primero; si D. Simō de Herrera no se constituyò deudor hasta que el Nauio bolviesse à Santa Cruz, y veinte y quatro horas despues de echada la primera ancla, por estar entonces cumplido el riesgo, y llegar el plazo del pagamento, con otros veinte dias mas de demora para la paga, que es de la forma que se quiso obligar, y con este pacto, y condicion expressa, *si Nauis in Assia venerit*, la qual no se purificò, ni llegò este caso; por donde se le puede obligar à la paga? quando por aver faltado dicha condicion con el naufragio en el Puerto de Campeche, faltò la obligacion, y el contrato. *l. siquis sub conditione, ff. siquis omissa causa test. l. cædere diem, de verb. signif. l. siquis fundum, de contrah. empt.* Surd. *consil. 91. num. 11. & consil. 156. num. 17.* Thusc. *conclus. 503. lit. C.* Y ningun instrumento condicional puede executarse, si falta la condicion, vt plenissimè probat Barbosa *vot. 86. per tot. cum multis.*

17. Sin que nadie aya dudado, que sea condicional esta obligacion, y en tanto se cometa la estipulacion, en quanto fuere el sucesso de la condicion, y solo se entenderia cumplida, si la Nao se salvasse, y bolviesse al Puerto destinado. *l. si ita quis stipuletur, siue Nauis ex Assia venerit. 63. l. siquis ita stipulatus fuerit. 129. ff. de verb. oblig. l. fænerator. 6.* ibi: *Ipsius crediti obligatio non existente conditione deffecisse videtur. ff. de naut. fænor.* Por los quales textos, y los demás de semejante formula de estipulacion, *si Nauis ex Assia venerit*, tampoco se puede dudar, que no llegando el caso de bolver la Naue, aunque la escritura no estuviera tan clarissima, no se puede pedir el dinero; y assi lo dispone expressamente el texto *in dict. l. siquis ita stipulatus. 129. ff. de verb. oblig.* ibi: *Siquis ita stipulatus fuerit decem aureos dabis, si Nauis ex Assia venerit, & Titius consul factus est? non aliàs dabitur, quam si vtrumque factum sit.*

18. Esto no sé que pueda tener replica, ni por donde

Don

Don Simon sea deudor del dinero, que se le pide, quando solo se confessó tal, despues de aver buelto el Nauio à Canarias, y veinte y quatro horas de echada la primera ancla, *por cumplirse entonces el riesgo, y aver llegado el plazo del pagamẽto*, que son palabras expressas de la clausula; y todo lo que por interpretaciones se quiere inferir della por la otra parte à su fauor, es destruirla, mudarle su verdadero sentido, alterar su disposicion, y querer ofuscar lo que es claro, & non indiget declaratione, vt inquit D. Salgado *de retent. dict. par. 2. cap.* 30. §. 5. *num.* 23. ibi: *Quia tunc magis dicitur destruere, perimere, mutare, seu alterare principalem dispositionem, quod quidem nullo modo cadit in habente facultatem declarandi dumtaxat, & interpretandi dispositionem aliquam.* Y lo comprueba con muchas autoridades, prosiguiendo en los *num. seqq.* de que en esta materia de poner duda, y querer declarar lo que no tiene ambiguedad, suele resultar, que se destruya la disposicion, ò el contrato, y se diuersifique, y altere, como sucede en nuestro caso, que siendo clarissima la clausula en la obligacion, y cumplimiento del riesgo, y plazo, se quiere por Juan de Loucel, contra las palabras expressas della, diuidir riesgo, y premios de ida muy crecidos, porque son los que quiere ganar, y otros muy cortos de buelta, no expressandolo la escritura; y que aunque se huviesse probado la diuision dellos, no es del caso esto, quando no se podia pedir el dinero hasta el plazo contenido en la escritura, donde se confiessa verdadero, y liquido deudor Don Simon de Herrera, y no antes, vt probatum remanet ex pacto, & iuris dispositione.

19. Y quando se pacta, que el riesgo se cumpla à la buelta, porq̃ el acreedor lo corre hasta bolver el Nauio al Puerto destinado para su descarga, ò segun se conviene, ò dispone por las partes, esto se debe observar, vt probat Heuia Bolaños *lib. 3. comercio naual, cap. 14. seguros, num.* 21. ibi: *El assegurador corre el riesgo de lo assegurado, desde el dia que fue convenido nauegasse la Naue, y no lo siendo desde que nauegare, segun vn texto, hasta llegar, y surgir la Naue en el Puerto destinado para su descarga, conforme otros textos, segun estuviere convenido, ò dispuesto.* Y en estas materias de riesgos, solo se debe observar lo que contiene el instrumento, y se pacta expressamen-

te

te por las partes, vt cum Santerna, Stracha, & Mastrillo probat Fontanella *tom.1.decis.243.num.11.& seqq.* Y aqui, como vá referido, es claro el instrumento en orden al tiempo en que se cumpliò el riesgo, y plazo de la paga; y aunq̃ huviesse alguna duda, se debia interpretar contra el acreedor, que pudo explicarse mejor, y no contra el deudor, que se obliga. *l. veteribus.39. de pact. l.22. de contrah. empt.* D.Castill.*lib.4. controu. cap.13.num.36.* D.Salgad.*in Labyr. 2.par.cap.9.num.125. cum multis alijs.*

20. Con esto parece queda bastantemente fundada la justicia de D.Simon, en quanto al primer punto de que el riesgo no se cumpliò enCampeche, ni alli fue el Puerto destinado, sino en el de Santa Cruz, ò otro donde debiesse hazer su derecha descarga, segun su registro, y permission, y se desvanecen los pareceres de los hombres de negocios de Sevilla, que à la verdad procedieron con poca inteligencia de la clausula, y mucho menos de la disposicion de derecho, y sin discurrir sobre la condicion del contrato, dia, y plazo del pagamento, sino solo por la suposicion, de que no se avia expressado el riesgo en la estada del Puerto de Campeche, y assi no se debe atender à estos pareceres, ni à sus deposiciones, por ser en punto de derecho en que no se debe admitir probança, *ex l.4.tit.6.lib.4.Recop.* & ibi Azeuedo; y contra la presumpcion del que nos fauorece, contra la qual tampoco se debe admitir, vt cum multis probat D.Vela *dissert.12.n.83.* Y solo se pudiera recurrir à el estilo mercantil, y de comercio maritimo, si la escritura no estuviera, como està, clara ad ea, quæ tradit Scaccia *de comercijs, tract. de societ. q.1. num.316.* Santerna *de asecurat.5.par. per tot.* Y nada mas comun, que lo que de Baldo, y Corneo dezia la decission de Genoua 7.*n.*11. *Quando res aliàs dubia esset in dubio stari debet stilo cum mos, & consuetudo, & intelligentia mercatorum attendi debeat.*

21. Pero dudo yo mucho, que Baldo consultasse à los mercaderes, y hombres de negocios en caso tan claro como el nuestro, y de vna estipulacion condicional regulada por los textos, y doctrinas, de quibus supra *num.16.& seqq.* y solo debemos atender à ellos, porque la costumbre contraria à la disposiciõ de derecho guardenla otros, como dixo Parlador, *lib.*

lib.2.rer.quotid.cap.fin.5.par.§.17.num.fin.in fine, ibi: *Verum ego quæ iure placita sunt demonstro, moris autem iuri adversos, quantum ponderis, & momenti habituri sint, viderint alij.* Guardense norabuena estos estilos entre legos; pero no ha de querer la otra parte, que se observen donde tanto se saben, y se guardan textos, y doctrinas, que para esso vino la *l.nemo. 13.C.de sent. & interlocut.* ibi: *Cum non exemplis, sed legibus iudicandum sit*; & infra: *Quod omnes iudices veritatem, & legum, & iustitiæ sequi vestigia sancimus.* Y assi no se debe hazer caso de testigos en estos terminos, de los quales se pondera mucho por la otra, que ay vno de los examinados en Seuilla contra producentem: siendo assi, que este se explica por diversos casos, y ninguno se pone en lo expresso, y riguroso de nuestra clausula, que es solo à lo que se debe atender, y à las questiones de derecho, que della nacen.

22. Viendose sin duda convencido Juan de Loucel, ò haziendole mucha fuerça dicha clausula en su conclusion, en que se explica quando se cumple el riesgo, y el plazo, se vale de los dos casos, que en ella se exceptuan de mudança de viage, y barateria de Patron; pero ni vno, ni otro se hà justificado, porque en quanto à lo primero solo hizo el Nauio vnas escalas necessarias en los Puertos de Santo Domingo, y Cuba, para proueerse de agua, y llegò al de Campeche segun su registro, en cuyos terminos no huvo mudança de viage, ni se diuersificò, por aver sido todo continuo, y no en Puertos estraños, vt probat Heuia *dict.lib.3.cap.11.viage, num.7.* Y que no es mudança de viage parar en el Puerto de Santo Domingo, aunque alli se tome mas carga, ò viniendo de Indias à Seuilla descargar, y cargar en la Hauana, y que en todos estos casos permanece el riesgo, lo prueba con diferentes leyes de Indias D. Joseph de Beytia, *dict.lib.2.cap.19.num. 21. & seq.*

23. Y en quanto à la barateria de Patron tampoco se justifica, que este se extrauiara, ni descargara mercaderias, ni entrara otras prohibidas, ni cometiesse otro fraude de los que previene Heuia *dict.lib.3.cap.11.num.8. & 9. & cap.14. num. 22. 23. & 24.* con Santerna, Stracha, y decissiones Genuenses,

 que

que alli cita, y la *l.3.tit.2.par.5.* Porque aunque Don Simon de Herrera, con el justo dolor de ver perdido su Nauio con toda su hazienda de los generos de Campeche, que ya se avian cambiado por los frutos de Canarias, se querellò criminalmente de Andres Alonso, Administrador de dicho Nauio, diziendo, que por su culpa, y poca preuencion se avia todo perdido; siendo cierto, que el Capitan, y Maestre era D. Juan de Herrera y Leyba, y que Andres Alonso fue solo Administrador de la hazienda de D. Simon, y que èl se defendiò tambien, diziendo no aver tenido culpa, y que el Navio pereciò por caso fortuito, y ser muy arriesgado el Puerto de Campeche (como tambien lo confiessa la otra parte) por lo qual siendo lo que perdiò D. Simon, y otros acreedores, que hasta aora desengañados no le han pedido cosa alguna, mas de cien mil pesos, se compuso en vna cosa muy tenua de tres mil y quinientos pesos pagados en seis años, sin dar fiador, y mil y quinientos quintales de palo, y veinte pipas de vino, que avia quedado embargado en Campeche, que aun no se han cobrado, ni podido cobrar hasta aora en 20. años, que ha que sucediò el caso, en cuyos terminos ya se conoce quan poco efecto pudo producir esta transaccion, assi por no aver percebido en su virtud vn real Don Simon, y averse hecho *nullo dato, vel retento* en substancia, vt probat Valeron *de transact. tit.1. quæst. 7. num.6.* como por lo que dize este Autor al *num.8.* de que *non sufficit modicum dari pro re magni momenti.* Y el averse contentado con esto D. Simon (que todo fue fantastico) fue por averse desengañado de que su Administrador no tuvo culpa, ni se aprouechò de vn real, y que fueron siniestros los informes, que avia tenido en contrario, y por ver si podia poner cobro en aquellos cortos efectos, que quedaron embargados en Campeche, por cuyo embargo no se avian traido al Nauio, y perdidose tambien, y no se han cobrado.

24. Y assi mal se puede inferir desta transaccion la barateria, dolo, ò fraude del Patron de la Naue, ni ay contra él prueba; y siendo delito el que se le imputa, no se debe presumir, si no se prueba claramente. *l.merito.51.ff.pro socio. l.si quis seruum.9.de seru.corrup. l.item apud Labeonem.15. §.si communem.*

nem.36.ff.de injur. Barboſa *axiom.68.num.*14. & cum multis alijs D.Vela *diſsert.10.num.*47.D.Valençuela Velazq.*conſ.*163. Farinac.*in prax.tom.*3.*quæſt.*85.Ni puede ſer prueba real eſta tranſaccion, porque ella nunca cae ſobre coſa clara,ſino dudoſa,è incierta. Valeron *de tranſact. tit.*1. *quæſt.*3.*num.*6. & melius,& plenius ex *l.*1.*de tranſact.* & alijs *tit.*2.*quæſt.*1.*nu.*5. Demás de ſer otro pleyto, y de diuerſo juizio, & inter alios acta,que no puede perjudicar en eſte litigio,y ſer indiuidua, que no ſe puede ſeparar de la relacion, que Don Simon hizo en ſu querella, la que en ſu defenſa hizo Andres Alonſo, & omnium eius capitulorum habenda eſt ratio,vt cum Surdo,Gutier. & Hermoſ. probat Ualeron. *de tranſact.tit.*6.*q.*2. *num.*61. Y junto lo vno con lo otro ſe reconoce, que no huvo fraude, dolo, ni barateria, antes totalmente ſe excluye. Y aunque la cauſa original ſobre que cayò la tranſaccion no ha parecido,eſto es porque ſe muriò el Eſcriuano,y como ſe reduxo à eſcritura de convenio,no cuydò della,y todo lo que hizo el hijo del Eſcriuano,diziendo,que pareceria la cauſa,y que la avia entregado à Don Simon, fue por quitarle cincuenta peſos al Flamenco,como lo engañò,y ſe los quitò cõ la eſperança de que la cauſa pareceria,aunque deſpues le boluiò trecientos reales de plata, convirtiendoſe todo en quimera, de que ni ſe hizo caſo en la Audiencia de Canaria, ni por V.S. ſe avrá hecho mucha eſtimacion dello.

25. Conque parece quedan ſatisfechos, y reſpondidos todos los tres puntos en que ſe fundaba la otra parte,de que no corria el rieſgo en la eſtada del Nauio en el Puerto de Campeche, y que huvo mudança de viage, y barateria de Patron;por lo qual tampoco el infortunio del naufragio podia ſer de ſu cuenta, ſino del deudor, aſſi por eſtar clara la clauſula à nueſtro fauor en lo primero, como porque en lo ſegundo, y tercero no ay prueba, ſiendo materia de hecho, quod non præſumitur. *l.in Bello.*12. §.*facta. ff. de captiu. & poſt lim.reuerſ.& vulg.*

26. Pero como en la viſta deſte pleyto en eſta Real Audiencia huvo diſcordia, y no ſe ſabe el juizio, que ſe podrá hazer en la reviſta, ni en què aya conſiſtido la dificultad, y mas teniendo D.Simon contra ſi la ſentencia de viſta, le ha

ſido

ſido preciſſo quererſe esforçar con nueua prueba,no en quã-to al primer punto, que lo es de derecho, y en que huvo ya prueba en Canarias, y en eſta Real Audiencia, con el termi-no ordinario,ſobre la inteligencia de la clauſula, caſo que ſe pudiera tener por dudoſa,y que neceſſitàra de interpretaciõ, quod abſit; ſino con las nueuas alegaciones de que las eſca-las fueron preciſſas,y neceſſarias,y que el Patron cumpliò en todo con ſu obligacion,pereciendo el Nauio por temporal, y caſo fortuito, eſtandoſe cargando, y para bolver à Islas,ſe-gun ſu regiſtro,y permiſſion, ſolo por la Diuina, y ſin culpa del Capitan,Maeſtre,Piloto,ò Adminiſtrador, y que los efe-ctos,que ſe ofrecieron à Don Simon por la tranſaccion,fue-ron inutiles,y no ſe han cobrado,ni podido cobrar haſta oy, con que ſe halla con la pèrdida del Nauio, y de toda ſu ha-zienda.

27. Bien reeleuante es todo eſto,probandoſe ſi ſe ha he-cho alguna eſtimacion de lo que ſe alega de contrario, de mudança de viage, ò barateria de Patron, pues ſi aora ſe ex-cluye con probança,que ſe hará en Islas,y en Santo Domin-go,Cuba,y Campeche, y demás partes de Indias,que convẽ-ga,y ſe juſtifica,que D.Simon no ſe ha aprouechado de coſa alguna de toda la cargazõ de ſu Nauio, parece coſa riguroſa que pague el dinero de que no ſe ha aprouechado,y le preſ-tò Juan de Loucel à rieſgo del Nauio;y ſi eſte entiẽde ſe han ſalvado algunos efectos,y los quiere,ſe le cederán,que es à lo mas que puede obligar, vt probat Heuia *dict. lib.* 3. *cap.*14. *num.fin.* Y ſi en eſto pudo conſiſtir la diſcordia de la viſta, ò aver aora alguna dificultad,es ineſcuſable la prueba vltrama-rina,que haſta aora no ſe ha concedido para las Indias,*ex l.*1. 2.*&* 3.*tit.*6.*lib.*4.*Recop.*Gutierrez *lib.*1.*pract.quæſt.*56.*per tot.* Paz *in praxi.* 1.*tom par.*1.*temp.*8.*num.*37.*& ſeqq.* y en el *num.* 40. dize, que ſi eſte termino vltramarino no ſe pidiò en pri-mera inſtancia, ſe puede pedir, y ſe debe conceder en la de apelacion,ò ſuplicacion:y aſſi no ay cauſa para que aviendo-ſe concedido ſolo el ordinario en la inſtancia de apelacion, y no pedidoſe,ni concedidoſe el vltramarino, ſe contradiga, ni deniegue aora,ſi ha hecho alguna fuerça la alegacion con-traria en los dos puntos de la mudança de viage, y barateria de Patron.

Y

28. Y en quanto à los interesses de diez por ciento, que pretende Juan de Loucel, por dezir es mercader, y por la demora, y retardacion de la paga, parecia ociosa esta question, pues si D. Simon queda libre del dinero principal, consiguientemente lo està de los premios, quia cessante causa, cessat effectus, *cap. cum cessante de appellat. & vulgatis.* Y no se hallará texto Ciuil, ni Canonico, que en estos terminos apoyen tales vsuras, ó interesses; antes si prohibidas por todos derechos en el mutuo, vt nouiter cum omnibus tàm Sacræ paginæ, quàm iuridicis fundamentis, & Theologorum autoritatibus probat D. Laurentius Matheu *de re crim. controu.* 40. *n.* 7. *& seqq.* Salvo el de las vsuras nauticas, de que hemos tratado largamente en este papel, ò en el caso de la *ley curauit, C. de act. emp.* de qua Rodriguez *de ann. redd. lib.* 3. *q.* 7.

29. Y aun en lo mas fauorable del lucro cessante, y daño emergente, no basta que vno pruebe ser mercader, sino que ha de justificar, que el dinero no se le pagò à tiempo, que pudo comprar con èl mercaderias, y que si tuviera el dinero huviera mercado con èl otra cosa, y ganado tanto por aver avido ocasion dello. Gutier. *de iur. conf.* 1. *par. cap.* 2. *num.* 4. Azeued. *in l.* 1. *tit.* 6. *lib.* 8. *Recop. num.* 26. *& seqq.* & melius quã alij in hac vsurarum materia D. Castill. *lib.* 2. *controu. cap.* 1. *num.* 45. *& per tot.* Carleu. *de judic. tit.* 3. *disp.* 8 *sess.* 2. *vsque ad* 7. Hermosilla *in l.* 10. *tit.* 1. *par.* 5. *Gloss.* 4. Cur. Philip. 2. *par. comer. terr.* §. 2. *num.* 1. Y assi justamente V.S. por su sentencia de vista tiene absuelto à Don Simon destos interesses, aunque à la verdad parece los lleuára por otro camino Juan de Loucel, porque no aviendo èl pedido mas que 28U50. reales por su demanda, que està fol. 25. b. de la compulsa, se le dán por dicha sentencia 30U. y en ello se espera la enmienda, y reuocacion (hablando con la reuerencia, y respeto que debemos) y confirmacion de la sentencia de los Juezes de Canaria, que fue absolutoria, y fauorable al reo convenido, y no puede tenerse por tan clara, y tan sin duda, ni controuersia, la obligacion de D. Simon de Herrera, que meresca vna condenaciõ tan absoluta, y tan rigorosa, como la que experimentò en la vista, aunque por la duda, que pudo ocasionar la discordia,

 es-

esperaba la absolucion, como aora en la revista la espera, si no pareciere necessaria la prueba. Salva in omnibus T.S.D.C. &c. Seuilla, y Junio 23. de 1685.

L. D. Andres de Velasco.